

LA TRANSVALORACIÓN COMO CATEGORÍA DE ANÁLISIS SEMIOJURÍDICO

1

Habría sido Nietzsche quien primero propuso la transvaloración como categoría de análisis, con lo cual quiso significar los procesos de individuación de contenidos axiológicos significativamente distintos a los ortodoxos. Pretendió el filósofo anticipar la reconcepción comprometida en la transubstanciación que constituía su propuesta filosófica mediante una especie de renacimiento de la relación primordial del hombre consigo mismo y con el universo, en el sentido de formular un evidente *neo relativismo* que, a diferencia de Newton, prescribía que las cosas son relativas a sí mismas, lo cual terminó por constituir el elemento eidético de la teoría de Einstein¹.

Como se sabe, Nietzsche cuestionó severamente la dirección axiológica demarcada por el cristianismo, formulando la posibilidad de un sistema deóntico que no atendía a los mismos contenidos. En rigor, no pretendía constituir categorías novedosas en las prácticas sociales, pero sí apetecía la reconstrucción de los valores comprometidos, informándolos de significados al menos incompatibles con las prácticas informadas por la ética cristiana. Si conforme a la religión de la Iglesia Católica el referente de vida resultaba ser Dios, conforme al significado atribuido a la figura de Jesucristo, al fin y al cabo exterior y distinto al hombre, para Nietzsche no existía otro dios que “el sí mismo”, entendiendo por tal el

¹ Quizás se haga justicia al genio de Nietzsche al concienciarse en que la suya no fue apenas una filosofía, también una antropología lo que propuso y, tal vez más que ello una nueva fe tanto a nivel espiritual como racional.

reconocimiento del ser supremo individual en torno a quien giraba toda dinámica de pervivencia socialmente conformada².

La pretensión resultaba tan agresiva como que exigía no solo la destrucción de las creencias más arraigadas en el sistema de valores vigente, sino su reconducción hacia contenidos frecuentemente opuestos a los que venían operando. Tal violencia indudablemente tiene por cometido el tránsito de un *topos* conocido hacia otro que no lo es, del cual apenas se comparte la intuición de lo que puede llegar a ser, y a lo sumo, el deseo de lo que quisiera ser. Por consiguiente, la transvaloración es en sí una agresión que en tanto tal genera reacciones encontradas, incluso en casos en que existe consenso acerca del propósito compartido de propender a la modificación, o experimentación si se prefiere así admitirlo. Por otra parte, el ser por sí de la transvaloración, esto es, la dinámica de su concepto, compromete resistencias naturales similares a las que experimentan los componentes de un sistema cuando de repente hacen parte de un sistema diferente, pues se sabe que tienden a obedecer a los mismos parámetros de conducta³.

No en vano la filosofía de Nietzsche desató un rechazo tan radical, llegando a la más bastarda tergiversación de sus ideales, tanto que llegó a exhibirse como el filósofo de cabecera e inspirador de Hitler, cuando su propia vida anticipaba una prueba de tal mendacidad, precisamente, la separación emocional con su hermana Beth obedeció a su matrimonio con un antisemita.

2 La verdad sea dicha, el Maestro de Nazaret habría planteado algo muy próximo a lo expuesto por Nietzsche, pues conforme al relato bíblico, Dios es en él de forma inmanente, en ello radicaría la reconcepción de la fe, la "buena nueva" que reivindicó al hombre de su edénica ajenidad y sentido de servidumbre respecto de su Creador.

3 A nivel biológico, piénsese por ejemplo en dos situaciones: por un lado, el llamado "miembro fantasma" y, por otro, el de la anosognosia. En el primer evento, la persona que ha perdido un miembro de su cuerpo del cual cerebralmente puede a voluntad dirigir sus movimientos tiende a comportarse como si aún lo tuviese. Así, puede intentar apoyarse en una pierna de la cual ahora carece como si estuviera en su lugar. Y, de la misma forma, experimenta su presencia pudiendo incluso sentir dolor en el miembro ausente. En el otro evento, el miembro existe pero la persona lo ignora, por ejemplo, porque ha perdido en él la sensibilidad, hasta comportarse como si no existiera. La psicología de la Gestalt ha analizado estas situaciones, sacando conclusiones conforme a las cuales los órganos son inmanentes al sistema que es el cuerpo, dando por consecuencia de esta unidad que la pérdida real o artificial de uno de ellos genera comportamientos tendientes a "ignorar" el cambio suscitado, es decir, la unidad del cuerpo se resiste a adoptar un comportamiento correspondiente con su nueva condición. Esto ocurre al menos mientras se agota un proceso de aceptación del cambio. Este acontecer normal ha sido ocasión de ulteriores estudios que han favorecido la fenomenología de la percepción, conforme al desarrollo que, habiendo iniciado Hegel, resultó decididamente desarrollado por Husserl y luego por su discípulo, Maurice Merleau Ponty. A nivel social la situación no es demasiado diferente: recuérdese el experimento de Stalin cuando operó una mutilación radical del sistema de control penal, dando por resultado que las personas seguían comportándose como si el mismo siguiese existiendo.

Y él mismo sabía el reclamo insospechadamente exigente de su filosofía, así que advirtió a la humanidad haber nacido póstumo, a causa de la fatídica improbabilidad de comprensión a que se vería abocado. No era ese su momento, y la historia se ha encargado de demostrarlo con sobrados ejemplos.

Condiciones de posibilidad

Las instituciones jurídicas son estructuras sociales cuya existencia se basa en la creencia generalizada de lo que representan⁴. En tanto obra, son fruto de una intención concreta e involucra propósitos igualmente específicos, si bien no necesariamente declarados o, lo que es muy próximo, apenas parcialmente expuestos, lo cierto es que no aparecen azarosamente ni por imposición de fuerzas extrañas a la voluntad humana. Esta cualidad de las estructuras sociales en general, y en particular de las jurídicas puede concretarse indicando que son “intencionales”, queriendo describir con ello que están ordenadas a producir ciertos efectos o condiciones, puesto que son creadas con una finalidad⁵.

Searle señala que las creaciones sociales, como las instituciones, atienden una regla básica descrita por él como “X cuenta como Y en C”, queriendo significar que las estructuras son referenciales, es decir, hacen que una determinada situación represente algo en un contexto específico⁶. Como lo mantiene el mismo autor, ciertos papeles que involucran características preestablecidas representan dinero dentro de un contexto social en que se cree en la institución de la moneda. Desde luego, el dinero apareció para que opere como instrumento de valor de cambio y no como cualquier otra cosa, lo cual no ha obstaculizado una historia específica de la moneda, que de alguna manera haya podido ir más allá o más acá de lo que sus creadores originales hayan podido estimar.

4 Véase Searle, John R. *La Construcción de la Realidad Social*. Editorial Paidós. 1997. Página 41. Aún cuando las ideas fundamentales habían sido ya expuestas por Alfred Shütz en *El Problema de la Realidad Social*. Amorrotu Editores. 1962, y posteriormente, en *Fenomenología del Mundo Social*. Introducción a la Sociología Comprensiva. Paidós. 1972.

5 Al respecto, Searle, John R. *Intencionalidad: Un ensayo en la filosofía de la mente*. Tecnos. 1992. Como los filósofos del lenguaje, Searle, al igual que Greimas, advierte de la distinción entre intencionalidad e intensionalidad. La primera apunta, como se indicó, a la actualización conciente de lo que se pretende mediante el instrumento escogido. El segundo concepto complementa el primero, al proveer información acerca de los límites extensionales de las estructuras, es decir, hasta dónde quiere llegarse, hasta qué punto los términos de la sentencia son insustituibles, como dijera Leibnitz.

6 Searle, Ob. Cit. *La construcción...*, páginas 46 y 61.

Un proceso judicial, por ejemplo, es otra institución en cuanto representa un ritual de definición jurídica, en un medio en que ha sido conformado a partir de reglas tanto constitutivas como regulativas⁷.

Participan las estructuras de otra característica conforme con la cual las instituciones son constitutivas de estatus, entendiendo por tal la asignación de una significación socialmente compartida. Desde luego, como toda institución, las jurídicas también conllevan estatus, y por lo mismo, sus efectos se realizan entre personas humanas individuales o colectivas. El estatus de condenado o absuelto, por ejemplo, se adquiere a través del ejercicio de la institución que es el proceso. O, pensando en instituciones jurídicas como la familia, el estatus de deudor o acreedor de alimentos por ser padre, madre, hijo, esposo o esposa, son en sí mismos representaciones sociales adquiridas a través del ejercicio de las reglas jurídicas previstas para que ciertas personas resulten reconocidas como tales⁸.

De ahí se mantiene que las normas jurídicas están dirigidas a personas o grupos de personas, si bien no necesariamente determinadas, siempre determinables. Queriendo con ello destacar que la institución no se orienta a sujetos distintos, puesto que cosas o animales podrían ocuparlas, siempre que se constituyan en objeto de relaciones con personas⁹. Esta cualidad general permite señalar que la jurídica, en tanto institución, parte de una intención que se pretende realizar en seres humanos socialmente catalogados, es decir, aquellos que podríamos designar como “ciudadanos”, o miembros de una sociedad mayor o menor pero siempre identificable, personas de quienes se predica una serie de presupuestos, aunque en la realidad resulten falsos, como el conocer la ley.

7 Al respecto, Hans Lindahl Elliot. *Iuris Dictio*. Pontificia Universidad Javeriana. 1990. Y, Hans Lindahl Elliot. *La Intencionalidad Jurídica*. *Universitas Philosophica*, número 3. Pontificia Universidad Javeriana. 1984. Desde luego, también Searle se ha ocupado de este tema, al decir que son desorden regulativo las reglas referidas a situaciones que las preceden, no crean nada, apenas regulan lo ya está constituido. Mientras que las reglas constitutivas crean el objeto al cual se refieren. Searle propone como ejemplo de las primeras las reglas de tránsito, y entre las segundas, las del ajedrez. Podríamos decir que en derecho se presentan los dos tipos de reglas: son regulativas las relacionadas con el ejercicio del derecho de contradicción, en la medida que se encargan de una institución que las precede; y es constitutiva la que otorga carácter de única instancia a ciertos procesos, porque en virtud de la norma se convierten en procesos de única instancia. Véase en Searle, *La construcción...* Ob. Cit., página 45.

8 Véase, en Xacobe Bastida. *El Derecho Como Creencia. Una concepción de la filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia. 2000.

9 Klaus Adomeit. *Introducción a la Teoría del Derecho, lógica normativa, teoría del método y politología jurídica*. Editorial Civitas 1984.

Cómo se opera la transvaloración

La intencionalidad que subyace a las instituciones jurídicas no tiene como objeto el ser interior de las personas, su mente, su espíritu, su ser inconsciente o subconsciente, sino sus manifestaciones. Es decir, a través de la norma jurídica se otorga un significado determinado a las expresiones humanas previamente elegidas a propósito de la institución jurídica, como elemento predestinado para la atribución de estatus¹⁰.

Es preciso ahora distinguir que las instituciones toman acontecimientos reales, naturales o, si se prefiere, hechos que no han sido institucionalizados, para convertirlos en hechos sociales. Searle los designa como “hechos brutos”, por ejemplo, el material físico en donde se vierten las características de un billete para ser tal es un hecho bruto que adquiere toda una significación y función social, a través de la institución del dinero¹¹. La muerte de una persona es así mismo un hecho bruto que a través de la institución jurídica del delito de homicidio se convierte en homicidio. De hecho, la institución es la configuración de una realidad social, que toma por hecho bruto ciertas manifestaciones, sin perder de vista que la estructura selecciona en mayor o menor medida los hechos brutos sobre los que operará.

Por ello mismo, en últimas, la institución consiste en consolidar un significado para atribuírselo a un significante. Es decir, la estructura social tiene una base semántica previamente establecida, derivada de una base sintáctica, al igual que la anterior, previamente determinada. Si pudiésemos diseccionar la abstracción que es la institución, diríamos que tiene precisamente esas dos “partes”. Lo que hace la institución jurídica es señalar un significante (la expresión humana), para atribuirle un significado (el efecto normativo). Es la manera como se opera el mecanismo de asignación de estatus a través de esta particular estructura; como cualquier otra institución, “hace decir algo” a ciertas manifestaciones humanas. Lo cual sugiere que la estructura jurídica produce el efecto de reducir la ambigüedad significativa, ya que con anterioridad a su aparición, la expresión humana a

10 Este aspecto es particularmente desarrollado por Hans Lindahl Elliot en *Iuris Dictio*. Pontificia Universidad Javeriana. 1990. Páginas 26-80.

11 Cfr. Searle, *La Construcción...* Ob. Cit., página 44. Y en un desarrollo más profundo, véase, Searle John R. *Actos de Habla*. Ediciones Cátedra. 1994.

la cual le apunta podía significar lo que la sociedad interpretara espontáneamente, si es que ocupaba de alguna forma sus niveles intencionales. Por cuanto la institución aparece asignando significado a una expresión específica, desarticula la ambigüedad consistente en que se le otorgue una significación aleatoria, porque precisa a partir de ella lo que debe seguir significando¹².

En esta perspectiva dos tipos de institución jurídica son perfectamente identificables. Por una parte, aquellas que otorgan determinado estatus a propósito de la producción del hecho bruto; y, por otra, las que permiten atribuir el hecho bruto a determinada persona para así poder operar la producción de estatus prevista para el productor del hecho bruto. De cualquier forma, lo cierto es que la institución jurídica hace que “alguien haga algo preestablecido”, es decir, hace que la persona produzca un fenómeno institucional, como un delito, un contrato, una obligación, un incumplimiento, una condena, una absolución, etcétera. Pero para poder “hacer ese algo” es preciso que los actores sociales se apropien de la institución, es decir, la incorporen a su vida hasta fundirse en el elemento de su existencia que es su *ser del mundo*, que la experimente hasta vivirla espontáneamente, como si hubiese existido siempre y deba ser así siempre. Por ejemplo, la institución que es el delito de homicidio se experimenta por los actores sociales de manera que no se cuestionan si alguna vez ha dejado de existir el reproche social al acto de dar muerte, sin tener derecho a ello; viviendo así la institución de forma tan natural que resulta un asalto a su conciencia plantearle que el homicidio tiene una historia incierta, probablemente desde la legislación de Numa¹³. Se sabe que las representaciones sociales de instituciones como la familia llegan a introducirse tan profundamente en la vida de las personas que difícilmente se percatan de las alteraciones históricas de la institución, y rechazan hasta la más clara evidencia de su dinámica¹⁴.

12 El mismo aspecto explicado en función sociológica aparece en Herbert Blumer. *El Interaccionismo Simbólico. Perspectiva y método*. Hora S.A. 1982.

13 Ob. Cit. Teodoro Mommsem, páginas 387 y ss.

14 En palabras de Luhmann diríamos “constructivismo operativo”. “La realidad de un sistema es siempre un correlato de sus propias operaciones: siempre una construcción propia”. Niklas Luhmann. *La Realidad de los Medios de Masas*. Universidad Iberoamericana. 2000. Página 17. Cfr. Niklas Luhmann. *Organización y Decisión, Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo*. Universidad Iberoamericana. 1997. Respecto de este presupuesto de referencialidad de la familia, véase, Pietro Bonfante. *Instituciones de Derecho Romano*. Instituto Editorial Reus. 1965. Cfr. Pablo Rodríguez. La Familia en Colombia. En *La Familia en Iberoamérica 1550-1980*. Universidad Externado de Colombia 2004. Página 277.

Pero, para que este proceso de individuación de la institución suceda, se precisa de dos órdenes de capacidad de los actores sociales. Por un lado, se precisa que puedan “vivir la institución”, es decir, que al hecho bruto previsto en la estructura le asignen la significación comprometida en ella. Por otro, que pueda admitir el estatus que se otorga a través de la institución jurídica¹⁵. Volviendo sobre el ejemplo del delito de homicidio, es necesario contar con que los actores sociales experimenten el acto de matar como un crimen, lo puedan catalogar de delito y al autor del acto como delincuente u homicida. En últimas es el poder denotar y connotar el hecho bruto conforme se ha previsto en la institución¹⁶.

Siendo así, la asignación de estatus carece de sentido al pensarla individualmente¹⁷. Es decir, el estatus tiene valor en sociedad, en grupo, porque el estatus es una representación social, un significado que vale siempre y cuando haya quienes estén dispuestos a aceptarlo y, si bien ello puede operar inicialmente contra la voluntad de las personas, para que la institución persista, es preciso alcanzar un instante en que simplemente se acepte; lo que importa es que el estatus se ejecute, por decirlo de alguna forma, es decir, que al *representamen* se atribuya la significación prevista para él; conforme a ello, al que dio muerte y ha sido condenado, debe reconocerse como el que cometió el homicidio o, si se prefiere, como el asesino, para que dicho estatus opere; al que a cambio de un canon permite el disfrute de un bien inmueble, debe ser reconocido como el arrendador; al que no tiene que responder porque así lo dispuso un juez, como el absuelto; y así en general podríamos seguir citando innumerables situaciones ejemplificantes. En todo caso, el estatus opera siempre que el significado previsto para él a través de la institución que lo genera resulte socialmente identificado o identificable o, lo que es igual, reconocido en la persona sobre la cual ha operado su constitución.

Aceptar un estatus conlleva generalizar la aceptación de un significado, en consecuencia, se debe verificar que “para una generalidad significa lo mismo”, no a partir de la idea del consenso, sino de la confianza en la capacidad de todos para

.....
15 Oportunamente se verá que se trata de lo que Bourdieu llamó *habitus*. *Espacio Social y Poder Simbólico*. Editorial Gedisa. 1993.

16 Acerca de la especificación del contenido y por asociación, denotar y connotar respectivamente, véase Humberto Eco. *Tratado de Semiótica General*. Lumen. 2000. Cfr. Greimas A. Julien y Courtés J. *Semiótica. Diccionario Razonado de la Teoría del Lenguaje*. Editorial Gredos. 1991.

17 Cfr. Blumer, Ob. Cit. supra, Interaccionismo...

que interpreten lo mismo, o al menos, algo significativamente similar. De ahí se desprende que el derecho, como institución, descansa en dos tipos de confianza. La primera consiste en que las personas crean que la institución es ciertamente esa institución, por ejemplo, que la institución del secuestro es un delito que consiste en suprimir la libertad de una persona en forma no lícita. Por otro lado, se confía en la capacidad de las personas para creer en el estatus, lo cual significa que se admite la existencia de la capacidad que se tiene para atribuir el estatus cuando se dan las condiciones que la institución ha tomado en consideración para otorgarlo. Que el que comete un delito sea reconocido como delincuente, o el que incumple una obligación sea reconocido como deudor, por ejemplo¹⁸.

Si la institución jurídica se construye sobre la base de la confianza en que los actores sociales la apropiarán, podemos concretar que la estructura toma un hecho bruto para hacerlo significar algo, pero para que ello acontezca se precisa que las personas crean en que el hecho bruto estimado en la institución genera el estatus que la institución tiene por cometido generar, como ocurre con el instituto jurídico del hurto, el cual precisa que las personas interpreten como delito el hecho (bruto) consistente en que alguien se apropie de un bien mueble ajeno. Obsérvese que a esta intención subyace una confianza esencial cuya función consiste en subterfugar la institución con la realidad social: es preciso partir de la capacidad de las personas consistente en poder concursar en el proceso social en que consiste la institución, por ejemplo, reconociendo el estatus que se asigna mediante la institución a la persona que realizó la condición o hecho bruto que condiciona su asignación. Así, la institución jurídica de la tributación parte de la base de que las personas bajo las condiciones previstas se experimenten como contribuyentes, y aunque ignoren lo que es eso en rigor, se sientan obligados frente al Estado, tanto que si optan por no cancelar sus impuestos, actúan como evasores y que ello les trae consecuencias adversas que para no sufrirlas tendrán que burlarlas.

Ciertamente, la institución o estructura social se construye con base en el ejercicio de ella misma, a la manera como funciona el juego, del cual están llamados a participar todos aquellos que no se hallen excluidos. Y el juego origina la creencia según la cual los jugadores pueden jugar o aprender a hacerlo. Otro ejemplo puede señalar que para lograr el funcionamiento de la institución jurídica

18 La intencionalidad colectiva se basa en la aceptación de un nivel normativo al cual se somete voluntariamente o no.

del homicidio, las personas deben poder experimentarse como homicidas cuando interrumpen la vida de otra persona, así como catalogar de ladrón a quien se apropia de cosa mueble ajena, con todo lo que la experiencia personal y la ajena conllevan, probables denuncias, confesiones, procesamiento criminales, etcétera.

Las instituciones jurídicas participan desde sus mismas entrañas de esta confianza en la capacidad de las personas para ejercer la institución; ello se debe a que es preciso involucrar a la sociedad en su propia práctica, pues la estructura funciona a condición de que la sociedad crea que la institución es lo que pretende ser.

El derecho, ciertamente, se ha ocupado de la capacidad de las personas, empero, desde una perspectiva dogmática, tomando cierta distancia de ella misma, y derivando más institutos jurídicos como la teoría del error, la proscripción de la ignorancia de la ley como fuente de responsabilidad, la comprensión misma del conocimiento y la voluntad como componentes inevitables del dolo, en fin, la imputación subjetiva, en general. Es preciso advertir que no es esta versión de la capacidad el objeto del planteamiento sociojurídico que se intenta sino, por el contrario, algo que acentúa otro aspecto de la capacidad y que se puede designar “trasfondo jurídico”, que por lo dicho hasta el momento es por sí una condición de existencia del derecho.

Contenido y práctica del trasfondo jurídico

Desde luego, llegados a este punto las explicaciones se reclaman con cierta urgencia. Para empezar, reconocemos que la creación de la institución jurídica supone necesariamente la capacidad de las personas para ejercerla, o jugar el juego social que se plantea a partir de ella. ¿En qué consiste esa capacidad si no se ha referido su asignación al campo jurídico como escenario que reclama un nivel de especialización que plantea una exclusión? Y, ¿por qué la suposición de su existencia es indispensable? Son las dos inquietudes cuyas respuestas se procuran a través de lo restante de la reflexión.

Ante todo, al ocuparse de la capacidad que se ha designado trasfondo jurídico, no se está haciendo referencia a la capacidad de las personas como condición de validez de sus actos. La perspectiva sociojurídica con que se aborda permite una definición formal, es decir, el trasfondo jurídico es la capacidad o conjunto de capacidades antepredicativas que hacen posibles los estados intencionales de función jurídica.

Ciertamente, se trata de capacidades antepredicativas, implicando que no son las posibilidades hermenéuticas disponibles en el intelecto de un intérprete, de las que se precisa para que la institución exista. A lo que se apunta es, antes bien, a la capacidad que se tiene para que el ser social experimente la institución como tal, sin que necesariamente se encuentre en condiciones de interpretarla. La institución de la obligación jurídica, por ejemplo, cuenta con que las personas puedan experimentarse atadas a otras bajo ciertas condiciones, es decir, que estimen el peso del deber satisfacer a su acreedor so pena de consecuencias que quiere evitarse. De ninguna manera es preciso que una persona conozca la definición de obligación derivada del derecho romano, o que pueda analizar los elementos de la misma y sus características, para que la obligación, como institución, exista. En cambio, sí es preciso que las personas puedan saberse sujetas a satisfacer un crédito cuando han aparecido las condiciones bajo las cuales alguien les puede exigir el cumplimiento.

Se trata de estados, mentales si se quiere, completamente paralelos. Bajo uno de ellos, la persona es un técnico dentro del campo jurídico y, en virtud de ello, puede entender el contenido de una construcción compleja, que demanda ciertos conocimientos para decodificarla, para lo cual habrá de vérselas, seguramente, con la definición justiniana y sus elementos. También, probablemente, el técnico en derecho se las ingeniará para resolverse frente a la posibilidad de encontrar coincidencias o distancias de la teoría de las obligaciones entre códigos civiles de cualquier nación y el Code francés, pudiendo incluso formular comparaciones de distintos sistemas normativos y derivar conclusiones acerca de la científicidad de la institución. Pero este estado de la conciencia jurídica no interesa, al menos, como condición de permanencia de las instituciones jurídicas.

El otro estado ya no es de conciencia, por ello es en sí mismo una experiencia antepredicativa, en la medida que no demanda ser consciente de la orientación intencional que subyace a la institución, por lo que no demanda información técnica alguna, sino que se experimenta como condición preliminar del ser social, conforme con la cual puede vivenciar el hallarse en condición de obligado y comportarse conforme a ello. Como es un dato experimental, puede vivirlo como tragedia, azar, bienaventuranza, o cualquier otra forma psicológica de sensación; pero siempre y por ello mismo, la certeza de tener que comportarse de determinada forma o producir determinado efecto. Si se carece de tal capacidad, no es probable la institución de la obligación jurídica.

La misma reflexión puede plantearse respecto de cualquier otra estructura jurídica, como el delito, pues si no existe la capacidad de ser homicida catalogarse y comportarse como tal no tendría ninguna posibilidad de permanencia la institución del homicidio. Pero ello es muy distinto a la capacidad de interpretar el tipo penal del homicidio y sus consecuencias. Aquel estado no plantea reclamos de conocimiento tales que hagan presente a la consciencia el estado intencional bajo el cual surgió la institución. El segundo sí lo exige, aun cuando no se alcance a plenitud o realidad, lo que quiso hacerse a través de la institución.

Desde luego, si bien en tanto antepredicativa no reclama conocimientos ni destrezas técnicas, sí existe la necesidad de poder asociar los hechos, las situaciones o las personas, dentro de un universo de significación institucional. Se sabe que la percepción no opera sino en un horizonte de sentido, de lo contrario lo que sucederá es la apercepción del fenómeno. Las cosas, los actos, los sucesos, deben poder significar algo para que puedan ser percibidos como se quiere a través de la institución que se perciba. Al respecto, recuérdese el contraste que plantea Mark Twain entre las experiencias de Theodor Fischer y Satanás, en *El Misterioso Extranjero*, cuando este aplasta hasta quitarles la vida a las criaturas humanas en miniatura. Fischer, quien se estremece ante la crueldad e indolencia de Satanás, lo experimenta horrorosamente como asesinatos inmisericordes; mientras que Satanás no, y por ello mismo lo hace “casi sin darse cuenta”. Los dos aprecian el mismo hecho desde universos significativos completamente paralelos: para Satanás, no es apenas algo distinto que aplastar un insecto, pero para Fischer se trata de un genocidio.

La institución no opera sino a condición de un universo de significación preexistente, que garantice la posibilidad que consiste en que las personas experimenten los hechos propios y ajenos, de una forma compatible con el significado que ha querido dárseles a través de la institución, en el proceso de construcción social de la realidad.

Además, es preciso observar ahora, conforme lo indica la definición de trasfondo jurídico, que a través de la estructura se procura establecer la práctica de

una función jurídica¹⁹. Por función jurídica se entiende aquí la configuración de las condiciones bajo las cuales se producen los efectos que se pueden catalogar de jurídicos; estos son los que impone la creencia según la cual, dadas las circunstancias necesarias, puede operar de manera incuestionable cierto tipo de coacción, cierto tipo de castigo, el sometimiento a ciertas autoridades, la enervación de determinadas competencias, etcétera²⁰.

De manera que la “magia” de la institución jurídica está dada por el hecho consistente en que las personas denotarán y connotarán un fenómeno social, dentro de un universo de significación jurídica, en que los hechos, las personas y las cosas, a través de la institución, adquieren determinada significación. Serán para él lo que la institución ha previsto que sean. Así, la institución del delito de terrorismo, por citar un ejemplo en boga, conlleva que mediante actos como la activación de mecanismos idóneos para producir estragos se provoque la zozobra de la población o un sector de ella lo interprete como un crimen, que trae consecuencias como la posibilidad de que al autor lo procesen, lo condenen y lo castiguen, sin que tales actos puedan cuestionarse más allá de su ritualidad. Por nobles y comprensibles que, desde cierta perspectiva, puedan resultar tales acciones en determinadas circunstancias, serán interpretadas a partir de la

19 Desde una perspectiva señaladamente sociojurídica, las características de “lo jurídico”, terminan por ser: a) relaciones entre personas o entre estas y cosas, b) unas y otras siempre respecto a otras personas, c) que implican poder de una respecto de otra, d) que dan lugar bajo ciertas condiciones al empleo de la fuerza en contra de la voluntad del sometido, e) la aceptación del alcance de las consecuencias, es decir, la creencia en el efecto performativo de la situación, aun cuando no haya sido manifiesto en una sentencia. Así, una cosa es saber que X realizó de niño una huida cobarde, o que perdió un juego, a que mató a Y, lo violó, le hurtó o le incumplió un contrato. Jurídico es pues un estatus que atribuye cierto tipo de función a un hecho; lo que inquieta es ¿de qué depende su asignación?

20 De ahí no encuentre en la característica de la coacción la distinción de una norma jurídica y otra que no lo es, por ejemplo, una deportiva, porque en ambas aparece un nivel coercitivo contextualmente verificable. Así, por ejemplo, durante una justa deportiva puede haber sanciones consistentes en la expulsión de un jugador, lo cual puede suceder, seguramente, contra su voluntad, y sometimiento físico. Pero no sucede que el jugador crea que de su falta o de su sanción surjan consecuencias diferentes a las contempladas en el reglamento deportivo, a no ser las presiones sociales que eventualmente aparezcan. Diferente a lo que sucede cuando una persona desatiende una obligación de dar, por ejemplo, el dinero que se comprometió a pagar a cambio de hacerse propietario de un bien, porque este seguramente creará que el incumplimiento conllevará a que su acreedor pueda acudir ante una autoridad oficial, que permita actuar sobre sus bienes, que a partir de ello no le será, por lo menos durante algún tiempo, acceder a créditos, que los bancos lo rechazarán frente a cualquier tentativa contractual que los involucre, etcétera. Es, pues, la creencia en el surgimiento de cierto tipo de efectos lo que hace de una institución que sea jurídica.

institución, dentro del universo de significación que provee el sentido de criminalidad, rechazo y castigo²¹.

Pero para que ello acontezca, no se demanda que deba ser un abogado experto en derecho criminal quien tenga la experiencia de *ser* un terrorista o señalar una persona o un acto de tal. Si fuera así, no sería muy probable que la institución funcionara, pues se confía en que las personas pueden hacer la identificación para efectos de las denuncias, delaciones, capturas operadas por policías, quienes no suelen ser profesionales del derecho, etcétera. Ni mucho menos se precisaría que el terrorista tuviese la suficiente formación e instrucción en derecho penal para poder señalar su acción como terrorista. Es distinto, naturalmente, que el espacio judicial al que se somete la situación sea manejado únicamente por expertos, aspecto que habrá de analizarse oportunamente.

En otras partes se ha designado el trasfondo jurídico como “instinto de juridicidad” o “instinto de justicia”, significando con ello que el derecho es al cabo, parafraseando a Merleau Ponty, una forma de “ser del mundo”. Esta idea lo que compromete es que las personas en su experiencia de individuación se dirigen al mundo para convertirlo en algo propio, conquistarlo, si se prefiere, para lo cual lo aprehenden apropiándolo a su vida e integrándolo a ella de manera que su individualidad y la del universo llegan a confundirse. Para el filósofo francés, al analizar la fenomenología de la percepción, el ser que percibe asume tal condición aun cuando se perciba a sí mismo, y ejemplifica su idea exponiendo que cuando se palpa una mano con la otra, la conciencia a través de la primera asume la condición de medio perceptor, mientras que a través de la segunda se experimenta el roce de la primera mano como una sensación de caricia o tocamiento en general. A través de la primera, se están percibiendo las características de la piel humana de una mano; por medio de la segunda se está experimentando la sensación de ser tocada la piel de la mano. Así se quiso mostrar cómo el sujeto que percibe se dirige al mundo desde cierta posición, pero lo hace con un fin, y dentro de un universo de sentido, porque algo debe significarle la experiencia de

.....
21 Recientemente en Colombia se procesó a un hombre que sometió en vuelo a la tripulación de una aeronave con pasajeros a bordo, utilizando elementos bélicos como granadas y explosivos. Esta persona fue condenada penalmente por un delito contra la seguridad pública, de cuya naturaleza participa precisamente el terrorismo en el cuerpo penal adjetivo, pese a que se trataba de un hombre parapléjico cuya intención fue llamar la atención de las autoridades nacionales para que le cancelaran la pensión que había obtenido tras sufrir graves enfermedades producto de su servicio en las fuerzas armadas del Estado.

la percepción, y la ubica dentro de su construcción propia del mundo, para que la experiencia le sea algo²².

La experiencia que tiene el individuo de las instituciones jurídicas, vista desde su capacidad de trasfondo, es la pretensión natural que tiene de imprimirle cierto orden al mundo social en el acto de aprehenderlo, es una de las formas como se involucra con él, lo hace propio, lo ordena para sí mismo. Luego, no puede ser una capacidad exclusiva de los expertos en derecho, sino la condición humana de vivir como ciudadano del mundo.

Se ha optado por la denominación “trasfondo”, tomando el término de la exposición de Searle, quien la refiere a propósito de una condición detectada en la filosofía del lenguaje para que este sea posible. Ciertamente, la comunicación mediante el ejercicio de una lengua se basa en el complejo de capacidades de los agentes comunicativos, a partir de las cuales puedan emplear los signos y decodificarlos conforme a una misma significación. Se plantea, por ejemplo, que la palabra “cortar” puede emplearse de formas disímiles, como “cortar el césped”, “cortar la torta” o “cortar el brazo”, pero su utilización contextual demanda por parte de los hablantes que admitan la capacidad mutua de entender lo que ha querido significarse al hacer uso de ella.

Es interesante que cuando Searle refirió su teoría del trasfondo, advirtió que llamaba así a lo que Bourdieu había designado “habitus”²³. Y, curiosamente, los

22 Si bien el filósofo francés la refirió ampliamente en *Fenomenología de La Percepción*. Editorial Planeta Agostini. 1984, sus primeros desarrollos surgieron en *La Estructura del Comportamiento*. Editorial Hachette. 1957.

23 Al menos en dos oportunidades Searle lo ha expuesto: en *El Redescubrimiento de la Mente, (Crítica)* Grijalbo Mondadori. 1996. Páginas 183-198. Y en el texto ya en cita *La Construcción de la Realidad Social: La discusión que propongo en torno al trasfondo* está relacionada con otras discusiones de la filosofía contemporánea. Creo que buena parte del trabajo del último Wittgenstein versa sobre lo que llamo el trasfondo. Y si lo entiendo correctamente, el importante trabajo de Pierre Bourdieu sobre el “hábito” versa sobre el mismo tipo de fenómenos que yo llamo el trasfondo (página 143).

De cualquier forma, ya ha habido oportunidad de reconocer que “El concepto no es para nada novedoso, Kaufman, siguiendo a Radbruch y a Hassimer, lo identifica como “sentimiento del derecho” y recuerda que Radbruch lo asocia como una especie de “precomprensión”. Véase, Arthur Kaufman. *Filosofía del Derecho*. Universidad Externado. 1999. de Página 126. Ciertamente es un presupuesto epistemológico con que Kaufman sostiene el carácter híbrido del derecho como ciencia y arte al tiempo. Cfr. Gustav Radbruch. *Filosofía del Derecho*. Madrid, *Revista de Derecho Privado*. 1952.

Recuérdese que Dworkin admite la existencia de “un sentido de la justicia” o “equilibrio reflexivo”. Ronald Dworkin. *Los Derechos en Serio*. Ariel. 1995. Página 243. Aun cuando lo tramita como intuicionismo moral, en tanto presupuesto del modelo constructivo y, la convicción, como su prerequisite. Cfr. John Rawls. *La Justicia como Equidad. Una reformulación*. Paidós 2002. Páginas 55 y ss. En contra Norberto Bobbio, en *El Positivismo Jurídico*. Debate. 1998.

Por último, aunque sé que debió mencionarse en primer lugar, tal vez haya sido Nietzsche, el primero en aproximarse a esta idea, a través de lo que llamó “virtudes inconscientes”. Federico Guillermo Nietzsche. *La Gaya Ciencia*. Edicomunicación S.A. 1985”. Manuel Fernando Moya Vargas, Ob. Cit. supra, *Los fallos penales...*

dos lo pensaron respecto del lenguaje, de hecho, Bourdieu habló inicialmente de *habitus* lingüístico²⁴. Así, parece tratarse de la misma categoría, si se piensa que para el sociólogo el *habitus* consiste en la capacidad de percibir los acontecimientos de cierta forma; si es fruto de los condicionamientos, esa cierta forma de percibir surge de un horizonte institucional de significación, a partir de los cuales es probable el sostenimiento o ejercicio de una institución o, lo que es igual, su práctica²⁵. El *habitus* es una forma

particularmente ejemplar del sentido práctico como ajuste anticipado a las exigencias de un campo; lo que el lenguaje deportivo llama el ‘sentido del juego’ (como sentido de la colocación, arte de anticipar, etc.) da una idea suficientemente exacta del encuentro cuasi milagroso entre el *habitus* y un campo, entre la historia incorporada y la historia objetivada, que hace posible la anticipación cuasi perfecta del porvenir inscrito en todas las configuraciones concretas de un espacio de juego²⁶.

Tanto el filósofo como el sociólogo identificaron como características del trasfondo los efectos adaptativos y generativos, aun cuando para Bourdieu la utilidad de la noción de *habitus* pareciera acentuar el primer aspecto, tomada “[...] como sistema de esquemas adquiridos que funcionan en estado práctico como categorías de percepción y de apreciación o como principios de clasificación al mismo tiempo que como principios organizadores de la acción, era constituir al agente social en su verdad de operador práctico de construcción de objetos”²⁷. La verdad es que terminó otorgándole tanta importancia al efecto adaptativo desprendido del *habitus* como a la aptitud estructurante de las estructuras que lo desatan²⁸.

24 Ib. *Sociología* y... Página 143.

25 *Habitus* es “un producto de los condicionamientos, para someterlos a una transformación; es una especie de máquina transformadora que hace que ‘reproduzcamos’ las condiciones sociales de nuestra propia producción, pero de manera relativamente imprevisible, de manera tal, que no se puede pasar sencilla y mecánicamente del conocimiento de las condiciones de producción al conocimiento de los productos”. Pierre Bourdieu. *Sociología y Cultura*. Consejo Nacional para la Cultura y las Artes. Grijalbo. 1990. Página 155.

26 Pierre Bourdieu. *El Sentido Práctico*. Taurus Humanidades. 1991. Página 113.

27 Pierre Bourdieu. *Cosas Dichas*. Gedisa. 1988. Página 21.

28 “(...) Un sistema de disposiciones durables y transferibles –estructuras estructuradas predispuestas a funcionar como estructuras estructurantes– que integran todas las experiencias pasadas y funciona a cada momento como matriz estructurante de las percepciones, las apreciaciones y las acciones de los agentes cara a una coyuntura o acontecimiento y que él contribuye a producir”. Pierre Bourdieu. *La Distinción. Crítica social del juicio*. Altea Taurus/Alfaguara. 1988. Página 54.

Podríamos sintetizar que el trasfondo o *habitus* es una capacidad que se desata a propósito de las instituciones, así como la percepción es una capacidad que se desata a propósito de los estímulos sensoriales. Como no es probable la experiencia sensorial sin la capacidad que es la percepción, tampoco es viable una estructura sin la capacidad de experimentarla, como es el trasfondo o *habitus*.

Desde luego, Bourdieu verificó la existencia del *habitus* a propósito de las instituciones jurídicas, cuando observó que en Kabilia el derecho atendía a la práctica sucesiva de veredictos, antes que a principios explícitos, objetivados y por ello mismo codificados, producidos por un ejercicio práctico del sentido de justicia²⁹. Sin embargo, como se anunció arriba, existe una particularidad en esta visión, si se quiere anticipada, en que el sociólogo parece asociar los conceptos de campo jurídico y espacio judicial.

Por una parte, es incuestionable la existencia del campo jurídico, puesto que las líneas propias de lo que es el campo aparecen dentro de él en forma verificable, particularmente los *habitus* que hacen viable la permanencia social de las instituciones jurídicas. Aquí, el capital jurídico se percibe como apreciable dentro de ciertas interacciones que, por cierto, no son ejercidas necesariamente por o mediante especialistas. Pero de ello no podemos derivar que el campo jurídico sea el mismo espacio judicial; este se halla inscrito en aquel, pero no creemos que puedan confundirse.

Sin embargo, Bourdieu parece asociarlos cual si se tratase de la misma categoría, pues en *La Fuerza del Derecho* refiere los capitales disputados y las disputas, así como el juego mismo que propone el campo, tanto como los *habitus* cuyo desarrollo invade a los agentes en acción. No obstante, al abordar directamente el monopolio descubre el “espacio judicial” como aquel que demarca una frontera entre legos y profesionales del derecho y funciona como espacio neutral, de neutralización. Enseguida nuevamente refiere un “campo judicial” como el espacio organizado en el que y por el que se opera la transmutación de un conflicto entre partes adversas que actúan representadas por profesionales jurídicos. Retoma el concepto de “campo jurídico” indicando que su constitución es un principio de constitución de la realidad, y que resulta inseparable de la instauración del

.....
29 Ob. Cit. supra, *Cosas...* página 84.

•La transvaloración como categoría de análisis semiojurídico•

monopolio profesional de los abogados. Incluso habla de subcampos jurídicos al constatar ciertas tendencias a conformar instancias especializadas de servicios jurídicos³⁰, aun cuando en otras ocasiones sostiene claramente el paralelismo que se encuentra entre el espacio judicial y el campo jurídico³¹.

Como hubo lugar a explicarlo,

Se tiene que hay un espacio judicial y un campo jurídico, aquél técnico y excluyente por cuanto es donde el *ius* alcanza su grado sumo de consagración porque es ahí donde de hecho se opera la performación: un laboratorio de ingeniería de la verdad cuya técnica es el juego jurídico que juegan los agentes en pugna. El espacio judicial pasa por ser un lugar poco deseable, odioso pero necesario, temible e irrestricto, en permanente acecho de las personas, por ello lo experimentan como un peligro latente. Y ciertamente es peligroso porque opera siempre la tensión que ofrece la realización y la irrealización: una versión que se reafirma sobre otra que se niega, independientemente de la justicia material que asista a la decisión [...] En cambio, el campo jurídico se ofrece noble y deseable, una fuente de creación perpetua en que si bien existe una cierta especialidad, al menos cuanto tiene relación con la declaración formal de las reglas, el profesionalismo en que se funda no es del corte taxativo y excluyente del espacio judicial. Aquel se basa en el sentido de justicia o de juridicidad, haber de cualquier ser humano en cuanto compromete su visión de la sociedad, entendida como el trasfondo en que el individuo se hace manifiesto, de ahí la opacidad que le propone la soledad, el lugar donde se opera la persona, es decir, el sujeto en relación con el otro, el campo fértil, único por demás, en que el individuo desarrolla sus alternativas y sus potencialidades, entre ellas constituir las resoluciones que implica la satisfacción coincidente de aspiraciones múltiples. Tal la dinámica de la vida de relación³².

30 Así se pudo constatar en la investigación sobre los fallos penales por inasistencia alimentaria en Colombia.

31 "En realidad, el establecimiento de un 'espacio judicial' implica la creación de una frontera entre aquellos que están preparados para entrar en el juego y aquellos que, cuando se encuentran arrojados dentro de él, quedan de hecho excluidos, culpables de no poder operar la conversión de todo el espacio mental –y en particular de toda la posición lingüística– que supone la entrada en este espacio social. La constitución de una competencia propiamente jurídica, dominio técnico de un conocimiento sabio a menudo antinómico de las recomendaciones del sentido común, entraña la descalificación del sentido de equidad de los no especialistas y la revocación de su construcción espontánea de los hechos, de su "visión del asunto". La separación entre la visión vulgar del que va a ser justiciable, es decir, de un cliente, y la visión sabia del experto, juez, abogado, consejero jurídico, etc., no tiene nada de accidental: es constitutiva de una relación de poder que funda dos sistemas diferentes de presupuestos, de intenciones expresivas, en pocas palabras, de dos visiones del mundo. Esta separación, que es el fundamento de una desposesión, resulta del hecho de que, a través de la estructura misma del campo, y del sistema de principios de visión y de división que se inscribe en su ley fundamental, de su constitución, se impone un sistema de exigencias cuyo núcleo es la adopción de una posición comprehensiva, patente especialmente en materia de lenguaje". Pierre Bourdieu – Guntz Teubner. *La Fuerza del Derecho*. Ediciones Uniandes (2000). Páginas 181-182.

32 Manuel Fernando Moya Vargas. *Los Fallos Penales por el Delito de Inasistencia Alimentaria. Un desfase entre la ley y la práctica judicial*. Universidad Santo Tomás de Aquino. 2007.

De tal distinción surge que el *habitus* o trasfondo jurídico es una condición de existencia de las estructuras jurídicas y, por ello mismo, *es* tanto en el espacio como en el campo judicial, si bien aparece al menos formalmente excluido del espacio, no así del campo, puesto que no sería probable sin él.

De manera que incluso los técnicos del derecho, quienes son los llamados a operar el espacio judicial, vivencian las instituciones jurídicas a través de sus *habitus* o trasfondo jurídico. Pero su formación técnica desafía dicho trasfondo, como quiera que el espacio judicial resulta marcadamente refractario a los *habitus* como fundamento de las decisiones judiciales, advertido que en los procesos se privilegia de manera significativa el saber jurídico especializado, con muy limitadas intervenciones del otro saber³³. Es así como se opera la exclusión que informa al espacio judicial de su carácter especialista, tanto que el *lego* accede a él, siempre que actúe a través de un técnico contratado o asignado por el estado. Incluso, la exclusión opera respecto del juez de conciencia, al hallarse sometido al especialista por *antonomasia* que es el juez de derecho, quien puede dejar sin efecto el veredicto invocando su *contraevidencia*; pero en manera alguna puede existir la figura *contraria*, es decir, el juez de conciencia contradiciendo al juez de derecho³⁴.

Otra razón que explica la exclusión es que si la institución jurídica es *intencional*, significando que aparece atendiendo propósitos específicos, aun cuando no sean reconocidos, y que la expresión sintáctica está vertida en normas cuyo conocimiento demanda la suficiente formación jurídica para hacerlo presente a la conciencia, es decir, interpretando, en función hermenéutica las disposiciones, es preciso que la finalidad de la estructura jurídica se encuentre confiada a los técnicos en derecho. En consecuencia, la labor interpretativa de las normas se opera predominantemente en el espacio judicial, a través de los actores especializados, quienes son los “elegidos” para la realización de los fines últimos de la estructura jurídica.

Por lo mismo, el trasfondo jurídico como capacidad natural es aquí trastocado, en cuanto el técnico ya no puede permitirse la asimilación de la institución con la espontaneidad con que lo hace fuera del espacio judicial, sino que debe poder

33 Tanto que lo hemos designado también como *alterius*.

34 En cambio, se sabe que en algún instante del derecho romano operaba la situación inversa, a través de lo que se conoce como *provocatio ad populum*, a través de la cual la decisión del magistrado podía perder vigencia frente a la decisión popular que así lo disponía. Cfr. Giovanni Pugliese. *Instituzioni di Diritto Romano*. Piccini 1986. Theodoro Mommsen. *Derecho Penal Romano*. Temis. 1999. Espitia Garzón Fabio. *Historia del Derecho Romano*. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2005.

argumentar apropiadamente sus manifestaciones relacionadas con la institución. Lo que de origen es instinto, debe ser ahora racionalizado, es decir, expresado de forma compatible con los fundamentos teóricos que subyacen a la estructura. En este punto pierde vigencia la bella descripción del derecho que hiciera Celso, porque ya no se puede permitir que siga siendo un arte; la expresión plástica de la comunión del hombre con el hombre cede a las exigencias socráticas de una ciencia que debe ser objetivamente sustentable. Seguramente, se evocará el oficio que fue ser jurista en la antigua Roma, el cual no se trataba, ciertamente, de una actividad científica aplicada con los rigores metodológicos de coherencia y fundamentación, sino de una labor artesanal que verificaba la extrema individuación de las experiencias conflictuales en la vida de relación experimentadas por el *cives*, y sin violentarla mediante argumentos científicos, la traducía al lenguaje de la sublimación artística de lo que debía ser siempre el norte de las resoluciones humanas dentro del universo social del imperio, así humanizaba el conflicto deshaciéndolo pacientemente hasta volverlo derecho práctico. De ahí que el jurisconsulto romano no haya precisado de abstracciones jurídicas, definiciones ni teorizaciones, de las cuales se ocuparían Justiniano y más centradamente la Escuela de Bolonia. Se habría operado en el derecho romano un fenómeno muy similar al que Nietzsche señaló respecto de la decadencia de la tragedia griega, cuyo arte sucumbió con la introducción de la racionalidad socrática apuntalada por Eurípides³⁵.

Si el técnico en derecho es el llamado a realizar los niveles intencionales subyacentes a la estructura jurídica, no se le puede permitir salirse de los límites metodológicos que garantizan unos efectos preconcebidos que se esperan de la institución. Pero sin embargo, la posibilidad de que su instinto de juridicidad se entere sigue siendo probable, y qué puede ocurrir si ello acontece: son múltiples las probabilidades. En Colombia ocurrió, con ocasión de la creación del delito de amenazas, por ejemplo, que se dio inicio a un sinnúmero de procesos penales, aplicando la norma pero fuera de los límites intencionales del

35 Para Nietzsche el valor artístico de la tragedia griega estaba dado por el movimiento de lo que designó arte dionisiaco hacia lo apolíneo. Una especie de transmutación en donde el ser vivía la experiencia de la sublimación que conducía al escenario de los dioses, asegurada por la embriaguez y extrema sensualidad tuteladas por Dionisios, que ondulaba hacia lo terrenal nuevamente mediante la extrema individuación de la experiencia, esta vez guiada por Apolo. Véase *El Origen de la Tragedia a través del Espíritu de la Música*. Edicomunicaciones S.A. Tomo I. 1985.

legislador³⁶. En este caso, la Corte Suprema de Justicia intervino señalando que la intención del legislador no fue crear un tipo penal en que cupiera toda suerte de acto de amenazas, sino apenas aquellos casos en que las amenazas tuviesen fines terroristas.

Otra situación se viene presentando con el delito de incumplimiento alimentario, pero con características mucho más complejas³⁷. Este reato aparece señalado en Colombia como el segundo o tercer delito de más alta frecuencia en el país. Un trabajo de investigación arrojó, sin embargo, que pese al número de denuncias y sentencias condenatorias, no se puede saber si lo que arrojan las estadísticas es verídico, por cuanto se pudo constatar que los operadores del espacio judicial colombiano involucran dentro del delito situaciones que no corresponden con la descripción típica, sino que las acomodan porque estiman que el acto que juzgan es tan amenazador a sus ideas personales (no jurídicas) de lo que debe ser la familia que ello les permite imprimirle los efectos de la pena a personas que en rigor, y de frente a la institución penal del delito de inasistencia familiar por incumplimiento alimentario, no podían haber sido sancionadas.

Se considera en la investigación que, pese a la evidencia, la situación se sostiene por varios factores: por un lado el fenómeno detectado desde la época de Bonfante, según el cual las construcciones sociales sobre la familia son tan fuertes que permiten desligarse, incluso a los profesionales, de las normas legales que les contradicen sus convicciones. Por otro, el hecho de condenar un sinnúmero de personas como deudores alimenticios, sin saber si pueden serlo verdaderamente o no, genera un efecto funcional consistente en liberar al estado de su obligación constitucional de devenir a las necesidades alimentarias de la población, cuando las personas inicialmente llamadas a pagar en virtud legal se encuentran en improbabilidad de hacerlo.

Desde luego, entender un fenómeno como este, a partir de la práctica consistente en que los operadores judiciales se desentienden de los límites extensionales

36 Cuando a través del artículo 27 del Decreto Legislativo 180 de 1988, convertido en legislación permanente a través del Decreto Extraordinario 2266 de 1991, se creó el delito de amenazas personales o familiares, se desató un número importante de denuncias por dicho delito. Sin embargo intervino la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para advertir mediante autos que definieron colisiones de competencia que dicho delito no consistía en lo que nudamente describía la norma, es decir, no se trataba de hacer manifestaciones amenazantes, sino que por esa vía además debía zozobrase a la población o a un sector de ella, pues esa fue la motivación plasmada en el decreto mencionado.

37 Así lo puso de manifiesto Germán Silva García en Exploración Sociojurídica sobre el Delito de Inasistencia Alimentaria. En *Teoría e Investigación en Sociología Jurídica*. Coordinador Gonzalo Cataño. Universidad Externado de Colombia. 2004.

que plantea el legislador en las instituciones jurídicas que crea, no puede lograrse sino a través de la noción esencial de habitus o trasfondo. Al prescindir de él, como ha sido costumbre en el medio colombiano, llevaría a conclusiones simplistas y poco útiles, tales como que el delito en cuestión tiene un impacto social grave dada su alta repetibilidad, limitándose a proponer la despenalización de la conducta, como si de esa forma se pudiese alcanzar un estado de bienestar social mejor, justo o deseable. Como puede apreciarse, la categoría del habitus o trasfondo jurídico permite orientar la investigación sociojurídica hacia lo que Husserl llamaría *sinngenesis* del derecho, es decir, hacia aquellos estados antepredicativos de conciencia que permiten la realización de las funciones jurídicas. El mismo Bourdieu advertía que prescindir del habitus permitía conclusiones desarraigadas de la realidad social, y la aceptación de conclusiones meramente estadísticas, desprovistas de las bases ónticas que subyacen a los fenómenos sociales.

Por demás, el habitus o trasfondo es lo que subtiende las instituciones con su ejercicio social, por cuanto descubre cómo las personas experimentan la estructura jurídica. De otra forma, persistiría la tendencia a agotar el análisis de las instituciones, en los niveles cerrados que el tecnicismo científico provee, no por capricho de las instituciones, sino por el preconcepto que señala al derecho como una ciencia operada exclusivamente por sus técnicos. El abandono de este preconcepto, a la manera como lo recomendó Durkheim, permite descubrir las formas como se articulan las prácticas sociales con las instituciones jurídicas, y saber qué significación social tienen, hasta dónde la información de los técnicos se apoya en realidades sociales, qué efectos funcionales se producen desde el espacio judicial y, en fin, cuáles son los límites auténticos del campo jurídico³⁸.

La transvaloración aplicada al espacio judicial

La fenomenología ha proveído herramientas extraordinarias para la comprensión de esta categoría, como las formuladas por Husserl y Merleau, para quienes todo

.....
38 Acerca de la perspectiva de la investigación sociojurídica, su rigor científico y el estado en que se halla, véase, Germán Silva García. *Sobre el Objeto, Las Fuentes y el Oficio de la Sociología Jurídica Desde una Perspectiva Interdisciplinaria*.

Acerca del descubrimiento del campo y los habitus jurídicos, del mismo autor puede consultarse *El Mundo Real de los Abogados y de la Justicia*. V.I. La profesión jurídica. V.II. Las prácticas jurídicas. V.III. La administración de justicia. V.IV. Las ideologías profesionales. Universidad Externado de Colombia. 2001.

fenómeno se ofrece a la conciencia con dos contenidos inmanentes: el *noema* y la *noesis*. En realidad, se trata de dos conceptos tomados de la filosofía griega a partir de los cuales se explica que a nivel noético (noesis) los fenómenos le son dados al hombre conforme a ciertas características inherentes, las cuales no pueden ser desconocidas en cuanto le son impuestas, es aquello respecto de lo cual no puede hacer nada más que aceptar o rechazar por ser lo que es. Se trata precisamente de lo que la filosofía del lenguaje llamaría “hechos brutos”.

Mientras que noemáticamente (noema) los fenómenos aparecen ante el ser informadas de cierta significación, cuyo contenido se desprende del horizonte de sentido en que le ha sido presentado, o ha permitido hacerse presente a su conciencia. Corresponde a lo que en la actualidad se reconoce como “construcción social de la realidad”, en la medida en que la atribución de sentido se opera socialmente, es decir, se interpretan los fenómenos conforme a las creencias que subyacen a las culturas, las mismas que permiten compartir sentido o significación.

En realidad, los fenómenos surgen impregnados de su noesis, y ello no depende del perceptor, en cuanto resultan ser epistemológicamente objetivas. Mientras que el noema de los fenómenos puede adquirir múltiples contenidos semánticos, a causa de la multiplicidad de horizontes de sentido probables en su presentación o actualización de la conciencia.

Los dos, el nivel noético y el noemático, son inmanentes al fenómeno, por lo cual su expresión acontece como unidad, pues tal condición resulta ser un presupuesto indispensable para que sea posible su percepción. Las cosas son dadas al hombre de cierta forma, el hombre se acerca a ellas ya dadas, no hace parte del nivel constituyente sino del constituido. En tanto, esas mismas cosas no aparecen carentes de significado; a falta del mismo resultan desapercibidas y ese significado, es decir, esa información que incorporan, hace parte del nivel constituyente, porque en este estadio de la experiencia la conciencia del perceptor se actualiza, lo cual no puede suceder de forma “neutra”, por así decirlo, sino que dentro del contexto en que se ofrece se le asigna un sentido, una función semántica.

Los dos aspectos se reclaman interdependientes puesto que la información es dada de alguna forma que hace que sea esa y no otra. En tanto, ninguna información alcanza a ser tal si no exige al perceptor interpretarla conforme a una serie de contenidos de significación, que ya no dependen de la cosa o el fenómeno, sino del sujeto que percibe. Se trata de la forma como lo hace, en últimas, como lo

puede hacer. Así sucede con todos los fenómenos y entre ellos se encuentran las instituciones y, entre estas, desde luego, las jurídicas.

Precisamente, el proceso penal es una estructura que aparece dada al ser social de cierta forma, y este hace un cierto uso de ella conforme a la decodificación que opera sobre la misma. Así, el llamado sistema acusatorio condensado en la Ley 906 de 2004 ha sido introducido en el espacio judicial colombiano con un cierto contenido que no puede modificarse, pero el operador del campo jurídico le imprime un cierto significado para hacer uso del método y el discurso provenientes del juego judicial.

La noesis del proceso penal está dada por la ley; esa es la parte inmodificable del fenómeno³⁹, es decir, es lo que no admite ser modulado, significando con ello el contenido sintáctico de la expresión del fenómeno. A partir de ella es que se hacen posibles los procesos de asignación de sentido a cada una de las disposiciones que la integran. Por esta misma razón el esfuerzo inicial del proceso de investigación se cifró en establecer ese nivel.

Lo que ahora quiere descubrirse es el segundo, o nivel noético, porque es el que informa la manera como se está haciendo uso de la norma, que es justamente lo que hemos llamado individuación, precisamente porque el país se encuentra en pleno estado de apropiación inicial del modelo de enjuiciamiento. Y la particularidad proviene justamente del hecho consistente en que al involucrar valoraciones y contenidos axiológico-procesales no necesariamente coincidentes con la ortodoxia procesal penal del país, compromete una transvaluación propiamente dicha del enjuiciamiento criminal.

Este contraste podemos concienciarlo con un ejemplo. Si pensamos en una acción cuya información primordial es el acto de transfigurar el cuerpo de otro con un elemento apto para ingresar más allá de la piel. No tenemos hasta el momento más información que la forma como un acto ha sido dado a la conciencia. Empero, tal información reclama, para completar, por así decirlo, la percepción de que tal acto signifique algo. Puede ser un asesinato, un acto de piedad, un error, un accidente, una cura medicinal, en fin, algo debe significarle el perceptor para que lo fije en su conciencia.

.....
39 Como debe ser ya advertido por el lector, el concepto de "fenómeno" es utilizado aquí en el sentido de Edmundo Husserl, esto es, todo aquello que se ofrece a la conciencia a dos niveles: lo constituido o nivel noético y lo constituyente o nivel noemático.

Siguiendo con el mismo ejemplo, tenemos un cuerpo humano que ha sido herido. Tal acontecimiento, como hecho bruto, no puede ser socialmente valorado en el espacio judicial si no admite *ab origine* al menos dos probables asignaciones de sentido contrapuestas: un delito o un no delito. Desde luego hay otras posibles, como un delito de características específicas frente a una hipótesis que informa un delito de otras características.

¿Cómo lo pensaría un fiscal en el esquema de la Ley 600 de 2000? Se preguntaría si el hecho existió, si habiendo existido es típico y, habiendo un autor conocido, si está exento de causales que excluyan su responsabilidad, fuera, claro está, de la viabilidad del ejercicio de la acción penal, naturalmente, pensando en una sentencia conforme a su entendimiento, es decir, condenatoria, tendrá que sustentar la acusación ante el juez, quien a su vez decidirá conforme estime que debe condenar o absolver por las razones jurídicas y probatorias que lo asistan. De cualquier forma, si bien la sentencia tiene que ser sustentada, la persuasión del juez depende de sí mismo.

A su turno, el defensor conforme a la misma perspectiva se ocuparía de reclamar del fiscal o del juez, según el instante procesal correspondiente, la práctica de pruebas que considere pertinentes a la defensa de la persona procesada, buscando que el juez no se persuada de la responsabilidad del procesado.

Mientras que en términos apropiados al esquema procesal de la Ley 906 de 2004, ciertamente el fiscal tiene que formularse inquietudes jurídicas semejantes, pero además y de manera igualmente determinante, tiene que ponderar las posibilidades reales que tiene de persuadir al juez. Es decir, importando menos que ciertamente el procesado incurrió en una conducta típica respecto de la cual no se encuentra a salvo su responsabilidad, se tiene que inquietar acerca de las posibilidades reales con que cuenta para inducir en ese sentido el juicio del juez.

Por su parte, el defensor se inquieta de similar forma. Si mantienen una defensa afirmativa, indagará por las posibilidades reales que tiene de incidir en el juicio del juez. O, al menos, sobre las condiciones del fiscal para lograr o no lograr su cometido.

Esta visión del proceso es por sí misma crítica, en consideración a que subyace una tradición secular que tiende a la reafirmación del criterio surgido a propósito del esquema procesal típico de la Ley 600 de 2000, conforme con el cual la construcción social que sucede a través del proceso se origina en el juez y se

despliega hacia las partes. Pero la transvaloración involucrada no se contrae a esta manifestación, pues se proyecta sobre otros aspectos. En efecto, el modelo de enjuiciamiento propuesto a través de la Ley 906 de 2004 conlleva que los actores judiciales, particularmente el fiscal y el defensor, deben tramitar la construcción social que se propusieron en el espacio judicial. Y ese espacio es típicamente behaviorista, tan escandalosamente normativo que por razonada, acaso real y verídica, que sea su teoría del caso, el desconocimiento del juego judicial mediante el ejercicio de la litigación opuesto a las reglas da al traste con la pretensión, en la medida en que la construcción social de la realidad se origina, ya no en el juez, sino en la sustentación teórico-práctica de las pretensiones enfrentadas, lo cual involucra la cimentación técnico-probatoria de la teoría del caso.

En este momento se hace indispensable volver sobre la idea de la teoría del caso para contribuir en la provisión de herramientas de entendimiento de los resultados del trabajo de campo desarrollado.

El hecho del cual se ocupa un proceso penal es un elemento necesario dentro del juego judicial que se opera en el espacio social que es el proceso penal. Siendo inmanente al proceso, resultaría asistemático pretender su separación. En cuanto típico, el hecho es necesariamente institucional y portador de estatus, así que tiene dos contenidos: uno de orden sintáctico y otro de naturaleza semántica. Pero sin embargo, el proceso mismo es el medio por el cual se fija un sentido, es decir, se le imprime significación al hecho.

En efecto, el espacio judicial adquiere en cierto modo el hecho bruto que somete a su performación, la cual demanda la existencia de al menos dos propósitos de fijación semántica. En términos procesales, la postulación de las pretensiones constituye el empeño de las partes por institucionalizar un significado de un hecho. Podría objetarse, sin embargo, que cuando no existe ese enfrentamiento no hay proceso, y siendo que en todo caso lo hay, no inquieta mayormente en la medida que el proceso es un medio social de construcción de sentido y el que no exista una disputa no significa que el hecho no se preste a la misma, aun cuando no se propongan los contendientes dar al traste con la pretensión de su rival procesal.

Significa lo anterior que existe un reclamo *lógico* para que pueda existir proceso, el cual consiste precisamente en que exista un conflicto o al menos pueda existir; siempre y cuando dicho conflicto se haga manifiesto en pretensiones que en mayor o menor medida resultan incompatibles. Se dice que es este un reclamo

lógico por cuanto a falta de confrontación el juez no estaría llamado a resolver absolutamente nada, luego si la sentencia es el mecanismo social de resolución de conflictos judiciales, es preciso que el conflicto o bien exista o bien pueda existir.

Desde este punto de vista, es preciso que el conflicto pueda plantearse como diálogo procesal, esto es, en términos de una pretensión y una posición respecto de la misma. Ello explica por qué en rigor el proceso se constituye en el momento en que existe acusación, es decir, a partir del instante procesal en que se extiende una pretensión contestable.

A diferencia de un juego de azar, deportivo o similar, y es esto lo que realmente diferencia el juego judicial de cualquier otro, aquí el conflicto tiene que plantearse como diálogo en sentido platónico, por ello mismo el proceso es en la actualidad el summum de la ritualización de la venganza privada. En tanto diálogo, espeta a las partes para que tomen situación del proceso, no se trata de una simple “toma de posición”, sino de una asunción actuada del juego procesal, en que se involucra hasta fundirse dentro de él, es decir, se hace él mismo elemento del proceso, tanto que sin él no es posible el juego procesal. Siendo así, el actor judicial que postula pretensiones demanda, como condición del juego, el poder negar al otro mediante la reafirmación de su pretensión, así no lo logre; lo que se precisa es que esa posibilidad sea potencial, puesto que si de entrada una hipótesis surgiera sobrepuesta respecto de la otra, sencillamente no habría diálogo procesal.

Entonces, el proceso es posible a condición de que las partes dispongan del poder autoafirmarse mediante la negación de la pretensión opuesta. Y se insiste que es una potencialidad que implica libertad dentro de la estructura procesal, puesto que valen también los allanamientos a las pretensiones, las confesiones, etcétera.

Si cada parte puede “hacer presa”, como lo dijera Merleau Ponty, del proceso, debe poder hacerlo de alguna forma seleccionada por él, porque si no fuera así, se insiste, no podría haber diálogo y por consiguiente tampoco proceso. Ese hacer presa del proceso, desde luego, es reglado, entendiendo que la forma como la parte se haga tal dentro del proceso le compete a cada uno, pero la forma como ejerza su rol se encuentra previamente delimitada, así como el jugador de póquer tiene libertad de escoger su estrategia, pero debe observar ciertas reglas para que su ejercicio resulte legítimo, esto es, institucional.

Esa libertad ponderada al actuarse constituye propiamente la teoría del caso, esto es, la consolidación de dicha libertad.

Podríamos proponer una definición filosófica al sostener que la teoría del caso es la toma de situación que opera cada una de las partes respecto del proceso, tomado como medio de construcción social de la realidad judicial.

Esa construcción social de la realidad no se realiza con independencia del tipo de proceso. Para efectos judiciales, los procesamientos se encuentran cargados de un contenido inmanente de significación, el cual informa a la actuación procesal no solo acerca de la manera como está llamada a constituirse la verdad judicial, sino que sujeta a las partes, y en general a los actores judiciales, a unas reglas inherentes al modelo procesal, y por ello la litigación en uno u otro esquema resulta sustancialmente diferente. Ello desmiente decididamente que el objetivo de la justicia torne indiferente la manera de obtenerla. La verdad es que la justicia hace parte de lo constituyente, por eso no es objeto de descubrimiento; es objeto de declaración.

En efecto, es viable una reconstrucción histórica de la ley que introdujo en Colombia el llamado sistema acusatorio, a través del Acto Legislativo 03 de 2002 y de la Ley 906 de 2004. Tal modificación implicó el abandono un tanto inusitado de la tradición milenaria del tipo de procedimiento napoleónico que había venido modulando la administración de justicia penal. Cuando se introdujo la modificación se invocó la disfuncionalidad del igualmente llamado sistema mixto, ya que en términos de impunidad, duración de los procesos y calidad de las decisiones judiciales, se estaba bastante lejos de realizar los principios de la administración de justicia y, mucho más lejos aún de los valores del Estado colombiano.

Se ha criticado que la reforma resultó inopinada, en cuanto no se dispuso de los estudios sociojurídicos necesarios que le dieran una base a los legisladores para concebir un tipo de proceso que superara dicha disfunción. De hecho, se achacó al proceso de la Ley 600 de 2000 ser la causa del caos judicial de la justicia penal en el país. Lo cierto es que en las condiciones en que se operó la reforma, se ignoraba por completo, como se sigue ignorando a la fecha, científicamente qué fue lo que falló de ese modelo de enjuiciamiento, sin que pueda establecerse si la disfunción provino de las prácticas judiciales desatadas, si fueron los operadores judiciales los que mal operaron, si el esquema procesal resultaba incompatible con las prácticas sociales con que se articula, si la ley estaba mal

estructurada, en fin, se propuso que el modelo de enjuiciamiento acusatorio y adversarial constituía una solución a un problema sin diagnóstico⁴⁰.

Desde el punto de vista probatorio se logró realizar un avance importante de estudio, el cual terminó por descubrir un fenómeno social de la administración de justicia penal en Colombia, que demostró cómo a partir de una forma concreta de manejo de la prueba los jueces penales modulan en Colombia la parte especial del Código Penal, para hacer que coincidan sus decisiones con sus creencias personales. De esta forma logró demostrarse que una disfunción legal resultaba perfectamente funcional dentro de un sistema de política de evasión de las responsabilidades del Estado⁴¹.

Entonces, concluir que el llamado sistema acusatorio está a la orden de las soluciones de la justicia penal colombiana es algo tan aleatorio como caprichoso sería negarlo, puesto que no se dispone de los estudios diagnósticos suficientes.

Por lo demás, se asiste a la implementación de una forma de enjuiciamiento que, además de la ignorancia de acerca de las prácticas judiciales precedentes, se le encargó la misión autónoma de redimir la administración de justicia y, lo que parece ser mucho más grave, sin advertir si el país se encontraba en condiciones de asumirlo, en términos de preparación de sus abogados y de receptividad de las demandas culturales involucradas.

Resulta determinante identificar el contraste cultural comprometido, para a continuación determinar el ser noético del proceso penal en la parte que no interesa, esto es, en cuanto se relaciona con el manejo de la prueba, para poder enseguida analizar las prácticas judiciales que evidencian el estado de individuación del modelo acusatorio y adversarial.

40 Moya Vargas Manuel Fernando. Datos Sobre el Sistema Acusatorio. *Revista La Defensa* N° 3. Defensoría del Pueblo-USAID. 2003.

41 Moya Vargas Manuel Fernando. *Los Fallos Penales por Inasistencia Alimentaria. Un desfase entre la ley y la práctica judicial*. Universidad Santo Tomás de Aquino. 2007.